

Für das Nachschlagewerk !

2320 022

B.

9

Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: BGB § 459; HGB § 346; Allgemeine Bedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen - Gewährleistung

Rechtssatz: Wurde ein Omnibus für einen bestimmten Verwendungszweck (Ausflugsverkehr, Reiseverkehr) bestellt und geliefert und können hierfür nicht alle vorgesehenen Sitze ausgenutzt werden, weil das Gewicht der zulässigen Nutzlast zu gering ist, so ist dieser Mangel des Fahrzeugs sowohl durch den Aufbau als auch durch das Fahrgestell begründet, dessen Beschaffenheit für das zulässige Gesamtgewicht maßgebend ist. Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen dieses Mangels werden daher nicht durch eine Bestimmung der Lieferungsbedingungen eingeschränkt, in der die Gewährleistung des Verkäufers hinsichtlich Sonderaufbauten auf die Abtretung der ihm gegen den Hersteller des Aufbaus zustehenden Ansprüche beschränkt ist.

Aktenzeichen: VIII ZR 16/56
Urt. des BGH v. 13. November 1956

OLG Braunschweig
LG Braunschweig

✓

VIII ZR 16/56

Verkündet am 13. November 1956
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Fuhrunternehmer Anton G [REDACTED] in W [REDACTED]/Westf.
E [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED], Nutzkraftwagen-Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in B [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch die Geschäftsführer M. M [REDACTED] und OC. S [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelferin:

die Firma Fahrzeugwerke K [REDACTED] KG in S [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. November 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrich-
ter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig
vom 5. April 1955 aufgehoben und die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über
die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte kaufte nach Maßgabe des Schreibens der Klägerin vom 29. Januar 1951 und der diesem Schreiben beigefügten Auftragsbestätigung einen B██████-Trambus für "Ausflugsverkehr" (=Reiseverkehr) mit einem von der Firma Fahrzeugwerke K██████ KG ("Faka"), der Streitgehilfin der Klägerin, herzustellenden Aufbau. Dieser sollte unter Berücksichtigung einer Reihe von Sonderwünschen des Beklagten gefertigt werden und 57 Sitze haben. Der Gesamtpreis betrug 69 618.- DM. Das Fahrzeug wurde dem Beklagten am 11. Mai 1951 übergeben. Es hatte zwar 57 Sitze, war jedoch nicht mit allen Sitzen für den Reiseverkehr benutzbar, weil der Omnibus, für dessen serienmäßig hergestelltes Fahrgestell ein bestimmtes Gesamtgewicht vorgesehen war. mit Rücksicht auf das Eigengewicht des Fahrgestells und die Schwere des Aufbaues eine Nutzlast hat, die für die Benutzung aller 57 Sitze im Reiseverkehr nicht ausreicht. Das zulässige Gesamtgewicht beträgt nach dem Kraftfahrzeugbrief, der am 6. April 1951 nach Angaben der Klägerin ausgestellt wurde, 13 000 kg. In dem Gutachten des Technischen Überwachungsvereins (TÜV) in Hannover, Dienststelle Braunschweig, über die Erstuntersuchung und Abnahme des Fahrzeugs vom 9. April 1951 sind für den Gelegenheitsverkehr als höchstzulässig benutzbar 49 Sitzplätze, davon vier Kotsitze, angegeben. Nach den durch den Aufbau erforderlichen Ergänzungen der Eintragungen im Kraftfahrzeugbrief betragen das Leergewicht des Fahrzeugs 9 300 kg und die Nutzlast 3 700 kg.

In einem Schreiben an die Klägerin vom 13. August 1951 beanstandete der Beklagte, daß er den Omnibus für den Reiseverkehr nur mit 49 Personen befördern dürfe, und bat um



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Stellungnahme. Die Klägerin bat darauf den Beklagten zur Überprüfung der Belastungsverhältnisse des Autobusses um Angabe des Vorder- und Hinterachsdruckes bei leerem Fahrzeug unter Beifügung der Wiegekarten. Danach stellte sich eine Nutzlast von 3 555 kg heraus, das wären für den Reiseverkehr 47 benutzbare Plätze, berechnet mit 75 kg je Platz. Nach weiterem Schriftwechsel zwischen den Parteien, der sich auch auf andere zum Teil schon bei der Übergabe oder bald danach gerügte Mängel erstreckte, erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 9. Februar 1952, daß er eine Freisherabsetzung von 22 000.- DM beanspruche, weil das Fahrzeug im Reiseverkehr nicht zur Beförderung von 57 Personen, sondern nur für 47 Personen geeignet sei. Er bestand in seinem Schreiben vom 8. Dezember 1952 auf Entschädigung der ihm durch Fehlkonstruktion entstandenen Unkosten und Verdienstaufschläge. Die Klägerin schlug darauf mit Schreiben vom 26. Januar 1953 die Verstärkung des Fahrgestells durch Einbau einer verstärkten Vorderachse und Verstärkung der Vorderfedern auf ihre Kosten vor, um hierdurch eine Erhöhung der Vorderachsbelastung auf 5 500 kg zu ermöglichen. Sie bot gleichzeitig die Lieferung von 7 neuen Decken zum Preise von 5 000.- DM unter Verzicht auf Rückgabe der alten Decken an. Der Beklagte lehnte diese Vorschläge ab, weil hierdurch eine ausreichende Abhilfe des beanstandeten Mangels nicht erreicht werden würde. Mit Schreiben vom 25. Februar 1953 ließ er durch seinen nunmehr von ihm in Anspruch genommenen Anwalt der Klägerin erneut erklären, daß er die Zahlung des Restkaufpreises ablehne, und ferner, daß er mit seinem Schadensersatzanspruch gegen die Restkaufpreisforderung aufrechne. Weitere Verhandlungen blieben ohne Ergebnis. Die Klägerin berief sich mit Schreiben vom 11. Februar 1954

auf Nr VI 3 ihrer Lieferungsbedingungen, wonach sich Gewährleistungsansprüche bei von ihr nicht hergestellten Sonderaufbauten auf die Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Herstellerfirma beschränkten. Da sich die Einwendungen des Beklagten auf den Sonderaufbau bezögen, könne er lediglich Abtretung ihrer gegebenenfalls bestehenden Ansprüche gegen die Firma "Faka" verlangen, zu der sie bereit sei.

Die Klägerin verlangt Zahlung eines Restbetrages von 24 158,22 DM nebst Zinsen, die ihm der Beklagte auf den von ihm zu zahlenden Kaufpreis, die Finanzierungskosten und Nebenabgaben noch schulde.

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Er machte geltend, der gelieferte Omnibus sei im Reiseverkehr nur für 45 Personen zugelassen. Die Klägerin habe nicht vertragsgemäß, sondern eine völlig andere als die bestellte Sache geliefert. Der Mangel sei ihm arglistig verschwiegen worden. Der Omnibus sei für ihn weniger wert, da er nur für den Reiseverkehr vorgesehen sei. Die Nachteile, die er infolge der Lieferung des für ihn unwirtschaftlichen Trambusses erlitten habe, beliefen sich auf mindestens 24 000.- DM. Mit diesem Schaden rechne er gegen die Klageforderung auf.

Die Klägerin entgegnete, den Gewährleistungsansprüchen des Beklagten stehe sowohl nach ihren Einheitsbedingungen als auch nach allgemeinen Rechtsvorschriften entgegen, daß er den Mangel nicht rechtzeitig, sondern erst mit Schreiben vom 13. August 1951 gerügt habe. Nach ihren Einheitsbedingungen (EB) beschränke sich die Gewährleistung bei Mängeln an Sonderaufbauten auf die Abtretung der etwaigen

dem Lieferwerk gegen den Erzeuger wegen des Mangels zustehenden Ansprüche. Ersatz eines mittelbaren oder unmittelbaren Schadens werde nicht gewährt. Der Beklagte habe die ihm angebotene Nachbesserung abgelehnt und könne daher auf Grund der EB auch keine Minderung verlangen. Auch sei gemäß Nr III 3 dieser Bedingungen die Aufrechnung oder ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen.

Der Beklagte bestritt, daß die EB Vertragsbestandteil geworden seien; sie hätten der Auftragsbestätigung nicht beigelegt.

Auf Grund der Streitverkündung der Klägerin trat ihr die Firma "Faka" als Streithelferin bei. Sie schloß sich den Anträgen der Klägerin an und führte aus, es gebe keine Karosseriefabrik, die zu der Zeit bei einem Gesamtgewicht von 13 000 kg eine Sitzeinteilung hätte vornehmen können, die die Ausnutzung von 57 Sitzen für den Reiseverkehr zulasse. Das sei sowohl der Klägerin als auch dem Beklagten als erfahrenen Omnibusunternehmer bekannt gewesen. Für den Linienverkehr aber auch für den Berufsverkehr wäre der Omnibus mit allen 57 Sitzplätzen benutzbar.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung der Hauptsumme von 24 158,22 DM unter Beschränkung des Zinsanspruchs auf 9 % ab 1. März 1953. Es sah nicht als erwiesen an, daß der mit 57 Sitzen gelieferte Trambus einen Mangel habe.

Im Berufungsverfahren trug der Beklagte ferner vor, er habe den Mangel auch der Klägerin gegenüber bereits am 29. Mai 1951 gelegentlich einer Verhandlung gerügt, an der ihr Generalvertreter, der den Kauf vermittelt habe, in ihrem Einverständnis beteiligt gewesen sei. Es komme aller-

dings hierauf nicht an, weil er arglistig getäuscht worden sei und weil die Klägerin sich nach dem Schreiben vom 13. August 1951 auf Verhandlungen wegen der Mängelrüge eingelassen habe, ohne die Verspätung zu rügen. Die Klägerin wies darauf hin, daß es nach ihren EB einer schriftlichen Rüge bedürfe und diese Form für die behauptete Rüge am 29. Mai 1951 nicht gewahrt wäre.

Das Berufungsgericht wies die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurück, daß es den Beklagten unter weiterer Beschränkung des Zinsanspruchs für die Zeit ab 1. Juli 1954 auf 8 3/4 % nur Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Klägerin gegen die Streitverkündete aus der Lieferung des Aufbaues nach dem Vertrage vom 29. Januar 1951 verurteilte.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, während die Klägerin und ihre Streitgehilfin beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe :

I. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Beklagte von der Klägerin einen Omnibus gekauft hat, der für den Ausflugsverkehr (=Reiseverkehr) geliefert werden und 57 Sitzplätze einschließlich Fahrersitz haben sollte. Beim Abschluß des Kaufvertrages war vorgesehen, daß der Aufbau für das von der Klägerin stammende Fahrgestell von der Streitgehilfin geliefert werden sollte. Die Klägerin hat dieser Firma die Lieferung des Aufbaues in Auftrag gegeben, wie ihrem Bestätigungsschreiben an den Beklagten vom 29. Januar 1951 zu entnehmen ist. Die Firma "Faka" hatte den Aufbau für die Klägerin herzustellen und die Klägerin

hatte den fertigen Omnibus dem Beklagten zu liefern. Der Lieferungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten ist somit nach kaufrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Denn mit Recht bezeichnet das Berufungsurteil die Firma "Faka" als Lieferantin der Klägerin. Nach dem Inhalt des Bestätigungsschreibens der Klägerin kann nicht angenommen werden, daß diese die Lieferung des Aufbaues für den Beklagten nur vermittelt habe und insoweit etwa im Namen des Beklagten gehandelt hätte.

Der dem Beklagten am 11. Mai 1951 von der Firma "Faka" ausgehändigte Omnibus hat unstreitig 57 Sitzplätze. Er erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen dafür, daß diese Sitzplätze sämtlich auch im Reiseverkehr belastet, also ausgenutzt werden können. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es handele sich dabei um einen Mangel, der nur den Aufbau des Fahrzeugs betreffe. Deshalb greife die Bestimmung in den EB der Klägerin ein, wonach sich ihre Gewährleistung bei Sonderaufbauten auf die Abtretung der dem Lieferwerk gegen den "Erzeuger" wegen des Mangels zustehenden Ansprüche beschränke. Dem kann nicht beigetreten werden. Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß die Klägerin Lieferverpflichtungen nur hinsichtlich des Fahrgestells übernommen hätte, bliebe entscheidend, daß das Fahrgestell für einen bestimmten Zweck geeignet, nämlich zur Verbindung mit einem bestimmten im Lieferungsvertrag vorgesehenen Aufbau und zur Verwendung im Reiseverkehr mit 57 Sitzen geliefert werden sollte. Dabei kann offen bleiben, ob dem Fahrgestell schlechthin die Tauglichkeit für einen Omnibusaufbau mit 57 im Reiseverkehr benutzbaren Sitzen fehlte, wie die Streit-
helferin im ersten Rechtszuge behauptet hat, oder ob der Mangel nur im Zusammenbau des Fahrgestells mit dem im Vertrag vorgesehenen Aufbau zu sehen ist. In jedem Fall han-

delt es sich um einen Mangel, der auch die Brauchbarkeit des Fahrgestells für den vertraglich vorausgesetzten Zweck beeinträchtigt, also nicht nur um einen Mangel des Aufbaues. Daß das Fahrgestell serienmäßig hergestellt war und keine Materialfehler aufwies, die etwa das zulässige Gesamtgewicht beeinträchtigten, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung (vgl. Urt. d. II. ZS. d. BGH v. 18. 2. 1953 - II ZR 112/52 -, S 9 ff). Wenn das Berufungsgericht unter Hinweis auf das Gutachten des Sachverständigen Liermann die Ursache für die Differenz zwischen vorgesehener und zulässiger Sitzplatzzahl in dem hohen Eigengewicht des Aufbaues sieht und der Ansicht ist, es liege nicht ein Fehler vor, der im Fahrgestell begründet sei, so läßt es zu Unrecht außer acht, daß das Fahrgestell für den von der Firma "Faka" zu liefernden Aufbau vorgesehen war und der Mangel auch darin zu sehen ist, daß das Fahrgestell nicht die Voraussetzung erfüllte, um die für 57 Sitze im Reiseverkehr benötigte Nutzlast bei Verwendung des vertraglich vorgesehenen Aufbaus zu ermöglichen. Deshalb kann der Beurteilung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht beigetreten werden.

II. Nach den gesetzlichen Bestimmungen sind Gewährleistungsansprüche des Beklagten, da es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt, insoweit ausgeschlossen, als die Ware mangels rechtzeitiger Rüge eines Mangels als genehmigt gilt (§§ 377, 378 HGB). Die EB der Klägerin enthalten eine weitere Einschränkung, indem sie unter dem Abschnitt "VI Gewährleistung" in Nr 8 bestimmen, daß Gewährleistungsansprüche nur dann berücksichtigt werden, wenn sie unverzüglich nach Feststellung eines Mangels beim Lieferwerk oder beim Verkäufer schriftlich erhoben werden.

Der Beklagte hat erst im Berufungsverfahren vorgetragen, er habe am 29. Mai 1951 den Mangel sowohl der Firma "Faka" als auch dem Generalvertreter der Klägerin gegenüber gerügt. Er hat hierfür Beweis angeboten und außerdem auf ein Schreiben der Firma "Faka" vom 9. Juni 1951 verwiesen, in dem diese zu einer Reihe beanstandeter Mängel Stellung nimmt und zum Schluß erklärt, daß dem Beklagten wegen der Nutzlast und der zulässigen Sitzplatzzahl noch eine "separate Stellungnahme" zugehen werde. Unstreitig hat der Beklagte in seinem Schreiben vom 13. August 1951 an die Klägerin geltend gemacht, daß mit dem Omnibus nur 49 Personen befördert werden dürfen und daß diese Differenz zu der Bestellung eines 57sitzigen Omnibusses keinesfalls zu seinen Lasten gehen dürfe.

Das Berufungsgericht meint, daß dem Beklagten deshalb, weil er nicht rechtzeitig gegenüber der Klägerin gerügt habe, Gewährleistungsansprüche gegen diese nicht zuständen. Es führt aus, der Beklagte wäre als Kaufmann nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verpflichtet gewesen, die ihm mit dem Trambus übergebenen Papiere und das dabei befindliche Gutachten des Technischen Überwachungsvereins vom 9. April 1951 sofort auf ihren Inhalt zu überprüfen, hätte dies aber spätestens bei der nochmaligen Überprüfung des Fahrzeugs am 15. Mai 1951 tun müssen, bei der er weitere Einwendungen erhoben habe. Er könne sich als erfahrener Kaufmann nicht darauf berufen, ihm sei nicht der Gedanke gekommen, daß in dem Gutachten eine Beschränkung für die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs im Reiseverkehr aufgenommen sei, ganz abgesehen davon, daß er sich auch sonst inzwischen von dem behaupteten Mangel hätte unterrichten können. Hinzu komme, daß die neuerdings behauptete Anzeige des Mangels am 29. Mai 1951 lediglich der Streitverkündeten übermittelt worden sei, während es einer Rüge der Klägerin gegenüber bedurft hätte.

Der Revision, die sich gegen diese Begründung wendet, kann allerdings nicht darin beigetreten werden, daß eine Rüge des Mangels nach § 378 HGB nicht erforderlich gewesen sei, weil es sich um die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware handle und die Kaufsache hinsichtlich des hier in Rede stehenden Mangels von der Bestellung so erheblich abweiche, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte. Denn der Autobus ist nur insofern abweichend von der Bestellung geliefert, als ihm die Benutzbarkeit aller bestellten und in dem Aufbau angebrachten 57 Sitze für den Reiseverkehr fehlte. Die Klägerin hat also nicht eine gänzlich andere Ware als die bedungene im Sinne des § 378 HGB geliefert, sondern die bedungene Kaufsache, die sich jedoch nicht für den im Verträge vorausgesetzten Gebrauch voll eignet und deshalb mit einem Mangel behaftet ist, der unter die Mängelrüge nach § 377 HGB fällt.

Dagegen ist die Ansicht des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum, daß eine Rüge des Beklagten am 29. Mai 1951 nicht unverzüglich im Sinne des § 377 HGB wäre. Bei Beurteilung dieser Frage ist von Bedeutung, daß der Mangel für den Beklagten in dem Zeitpunkt als er den Omnibus in Besitz nahm, nicht ohne weiteres erkennbar war. Der Omnibus wies nach seiner äußeren Beschaffenheit die erforderliche Zahl der Sitze auf. Der Beklagte hätte zwar die beschränkte Benutzbarkeit im Reiseverkehr aus dem Gutachten vom 9. April 1951 entnehmen können, das sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unter den Papieren befand, die dem Beklagten am 11. Mai 1951 von der Firma "Faka" übergeben wurden. Wenn der Beklagte jedoch auf die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs und seine volle Benutzbarkeit im Reiseverkehr vertraute, ohne bei der Übergabe

oder bei einer späteren Untersuchung des Fahrzeugs das Gutachten zu überprüfen, so kann ihm das nicht angelastet werden. Es bedeutet für den vorliegenden Fall eine Überspannung der Rügepflicht nach § 377 HGB, wenn verlangt wird, daß der Beklagte einen Omnibus, der ihm als fabrikneues Fahrzeug zu einem bestimmten Benutzungszweck, für den er auch äußerlich eingerichtet war, geliefert wurde, alsbald daraufhin hätte überprüfen müssen, ob er für den Vertragszweck auch mit allen Sitzen benutzt werden darf. Deshalb müßte eine Rüge am 29. Mai 1951 noch als rechtzeitig angesehen werden. Eine andere Frage ist, ob sie der Klägerin gegenüber zu erfolgen hatte und ob dies hätte schriftlich geschehen müssen. Der Beklagte hat, wie nicht bestritten ist, der Firma "Faka" gegenüber am 29. Mai 1951 gerügt. Diese Firma hat die Rüge entgegengenommen und nicht beanstandet, daß sie nicht schriftlich erfolgte. Nach den EB der Klägerin kann die Rüge dem Lieferwerk oder dem Verkäufer gegenüber erfolgen. Im Sinne dieser Bestimmung ist die Klägerin, wie unterstellt werden kann, als Lieferwerk und zugleich als Verkäufer des Trambus anzusehen. Also hätte die Rüge ihr gegenüber erfolgen müssen. Zur Entgegennahme der Mängelanzeige war ein Handelsvertreter der Klägerin gemäß § 86 Abs 2 HGB a.F. (vgl § 91 Abs 2 n.F.) gesetzlich ermächtigt. Unter der Voraussetzung, daß der Generalvertreter der Klägerin, dem gegenüber am 29. Mai 1951 ebenfalls gerügt sein soll, Handelsvertreter im Sinne der vorgenannten Bestimmung war, wäre noch zu prüfen, ob sich die Klägerin jedenfalls darauf berufen könnte, daß an diesem Tage unstreitig keine schriftliche Mängelanzeige erstattet wurde. Darauf kommt es jedoch deshalb nicht an, weil der Beklagte die Form mit seinem Schreiben an die Klägerin vom 13. August 1953 gewahrt und die Klägerin, ohne gegenüber diesem Schreiben eine Verspätung der Mängelanzeige

zu rügen, mit dem Beklagten über die Behebung des Mangels lange Zeit verhandelt und Vorschläge zur Abhilfe gemacht hat. Sie hat hierzu im Rechtsstreit nur vorgetragen, sie habe schon bei den Verhandlungen mit dem Anwalt des Beklagten auf ihre Lieferbedingungen hingewiesen und sich sämtliche Rechte vorbehalten. Die daneben geführten Verhandlungen mit dem Beklagten hätten niemals dazu geführt, daß sie auf irgend welche Rechte verzichtet habe (Schriftsatz vom 6. August 1954 S. 3). Dem ist entgegenzuhalten, daß die Verhandlungen mit dem Anwalt des Beklagten erst nach dessen Beauftragung, im Februar 1953, stattgefunden haben können, daß die Klägerin aber jedenfalls seit August 1951 mit dem Beklagten über den Mangel verhandelt hat, ohne geltend zu machen, daß er ihr gegenüber eher und in schriftlicher Form hätte gerügt werden müssen. Sie hat in ihrem Schreiben vom 26. Januar 1953 dem Beklagten den Einbau einer verstärkten Vorderachse und die Verstärkung der Vorderfedern auf ihre Kosten vorgeschlagen und sich erst sehr viel später darauf berufen, sie sei nur zur Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Firma "Faka" verpflichtet. Das Verhalten der Klägerin kann auch nicht lediglich als bloßes Erbieten zum Abschluß eines Vergleichs angesehen werden, aus dem der Beklagte nach dem Scheitern der Verhandlungen nichts zu seinen Gunsten herleiten dürfe. Unter diesen Umständen stellt sich die Berufung der Klägerin darauf, daß der Mangel ihr gegenüber nicht unverzüglich in der vorgeschriebenen Form gerügt worden sei, d.h. die Berufung auf die Genehmigungswirkung des § 377 HGB als Rechtsmißbrauch dar. Es bedarf daher keiner Beweiserhebung darüber, ob der Beklagte die Rüge am 29. Mai 1951 mündlich auch dem Generalvertreter der Klägerin gegenüber erklärt hat.

III. Im Rahmen der Gewährleistung könnte der Beklagte nach den gesetzlichen Vorschriften Schadensersatz allerdings nur dann verlangen, wenn dem Trambus eine zugesicherte Eigenschaft fehlte oder wenn die Klägerin dem Beklagten zur Zeit des Kaufabschlusses den Fehler arglistig verschwiegen hätte (§ 463 BGB).

Ob die von dem Beklagten erwartete Eigenschaft, daß der Trambus für den Reiseverkehr mit 57 Sitzen gebrauchsfähig sein werde, vertraglich zugesichert worden ist, könnte deshalb zweifelhaft sein, weil nach Nr I 3 Satz 2 der EB der Klägerin die Zusicherung von Eigenschaften des Kaufgegenstandes nur gültig ist, wenn sie vom Verkäufer schriftlich bestätigt ist, und daher eine solche Zusicherung einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung bedurfte. In dem Begleitschreiben der Klägerin zur Auftragsbestätigung vom 29. Januar 1951 wird die Bestellung des Trambus "für Ausflugsverkehr" ausdrücklich bestätigt und ferner, daß der Aufbau nicht 44 sondern 45 feste Fahrgastsitze enthalten soll; in dem diesem Schreiben beigefügten Formular (Auftragsbestätigung) ist für den Aufbau auf die beiliegende Beschreibung der Firma "Faka" Bezug genommen, die in der Zeichnung 56 Sitze vorsieht und somit durch das Begleitschreiben zur Auftragsbestätigung eine Ergänzung erhalten hat. Wenn damit auch die Schriftform für die Anzahl der Sitze und für den Gebrauchszweck gewahrt ist, so bedarf die Frage, ob mit diesen Erklärungen auch die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs im Reiseverkehr mit allen 57 Sitzen vertraglich zugesichert worden ist (vgl RG LZ 28, 1385) oder ob es sich nur um die Angabe der vertragsmäßig vorausgesetzten Eigenschaften des Fahrzeugs handelt, einer Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der Vertragsver-

handlungen und des Parteivorbringens sowie etwaiger Gebräuche des Handelsverkehrs. Da das Berufungsgericht eine solche Prüfung erkennbar nicht vorgenommen hat, kann das Revisionsgericht diese Frage noch nicht abschließend beurteilen.

Zur Frage der Arglist beschränkt sich das Berufungsurteil auf die Feststellung, irgend eine Täuschungsabsicht der Klägerin sei nicht dargetan und auch nicht erkennbar. Zudem habe nicht die Klägerin sondern die Firma "Faka" den Autobus ausgeliefert, die nicht Erfüllungsgehilfin sondern Lieferantin der Klägerin sei. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt wäre ein Schadensersatzanspruch gegeben, wenn die Klägerin oder ein zum Abschluß bevollmächtigter Vertreter beim Abschluß des Lieferungsvertrages arglistig gehandelt hätte, d.h. wenn dem Beklagten eine mangelnde volle Benutzbarkeit des herzustellenden Fahrzeugs für den vereinbarten Gebrauchszweck arglistig verschwiegen worden wäre. Ob die Klägerin bei Vertragsabschluß wußte, daß mit dem angebotenen Fahrgestell und dem vertraglich vorgesehenen Aufbau ein Omnibus mit 57 im Reiseverkehr benutzbaren Sitzen nicht herzustellen war, steht nicht fest. Die Streithelferin hatte dies zwar in ihrem Schriftsatz vom 29. April 1954 S. 5 behauptet. Der Beklagte hat dagegen in Abrede gestellt, daß die Herstellung eines Aufbaus mit 57 benutzbaren Sitzen bei Verwendung des vereinbarten Fahrgestells überhaupt nicht möglich sei. Im übrigen hat die Revision nicht gerügt, daß das Berufungsgericht dieser Frage bei der Prüfung der Arglist nicht weiter nachgegangen sei. Deshalb ist davon auszugehen, daß eine der Klägerin anrechenbare Arglist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht nachgewiesen ist.

Der Ausschluß von Ansprüchen auf Ersatz des mittelbaren oder unmittelbaren Schadens in Abschnitt VI Nr 5 EB könnte

wegen § 476 BGB nur für den Fall von Bedeutung sein, daß die Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs mit allen 57 Sitzen im Reiseverkehr vertraglich zugesichert war. Ob im Falle einer solchen Zusicherung die Berufung auf die genannte Bestimmung zulässig ist, ob insbesondere der vertragliche Ausschluß von Schadensersatzansprüchen auch bei einem Mangel der hier in Rede stehenden Art gelten soll oder nur für die in VI Nr 1 geregelten Fälle von Fehlern in Werkstoff und Arbeit, würde einer weiteren Prüfung bedürfen. Diese Frage kann im jetzigen Verfahrensabschnitt dahingestellt bleiben, da das Berufungsurteil jedenfalls aus einem anderen Grunde aufgehoben werden muß.

IV. Der Beklagte hat sich nämlich auch auf das Recht zur Minderung des Kaufpreises berufen. Er hat darauf hingewiesen, daß der Anspruch auf Minderung nach den Lieferungsbedingungen der Klägerin nicht ausgeschlossen sei (Berufungsbegründung Seite 9) und demnach auch Minderung verlangt. Schadensersatz und Minderung können gleichzeitig allerdings nur im „ventualverhältnis“ gefordert werden (RGZ 131, 343 [346]; 87, 237 [239]; vgl auch RG HRR 1939 Nr 550). Dem Vorbringen des Beklagten ist zu entnehmen, daß er in erster Linie Schadensersatz, in zweiter Linie Minderung verlangt.

Dabei handelt es sich nicht um eine Gegenforderung, die unter den Ausschluß der Aufrechnung gemäß Nr III 3 der EB fällt. Das gleiche würde auch für einen Schadensersatzanspruch des Beklagten gemäß § 463 BGB gelten (vgl RGZ 152, 111, wo für die Errechnung des Schadensersatzanspruchs des Bestellers wegen Vertragsverletzung des Unternehmers nach § 635 BGB ausgeführt ist, es handle sich ebenso wie

im Falle des § 326 BGB um eine Abrechnung, d.h. um die Ermittlung des rechnerischen Ergebnisses, nicht aber um eine Aufrechnung mit einer Gegenforderung).

Die EB der Klägerin schließen einen Anspruch auf Wandlung oder Minderung nur für den Fall aus, daß das Lieferwerk in der Lage ist, den Mangel zu beheben. Über den Wortlaut dieser Bestimmung hinaus kann der Käufer auch im Falle einer unzulänglichen Nachbesserung oder im Falle, daß die Nachbesserung verweigert oder ungebührlich verzögert wird, auf die Gewährleistungsansprüche insoweit zurückgreifen (vgl das zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung vorgesehene Urteil des II. Zivilsenats vom 29. Oktober 1956 - II ZR 79/55 - S 12; RGZ 87, 335; 96, 266 268; LZ 1931, 1379; Staudinger-Ostler, BGB 11. Aufl, § 476 Bem 4). Es steht nicht fest, daß die Klägerin dem Beklagten eine zumutbare Nachbesserung rechtzeitig angeboten hat. Deshalb bedarf es unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt einer Prüfung des Minderungsanspruchs durch die Tatsacheninstanz. Aus diesem Grunde war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sollte der Beklagte auch in dem weiteren Verfahren in erster Linie Schadensersatz fordern, so wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Klägerin die volle Gebrauchsfähigkeit des Trambus mit allen 57 Sitzen im Reiseverkehr zugesichert hat, und ferner, ob der hier vorliegende Mangel des Gesamtfahrzeugs einem Konstruktionsfehler gleichgestellt werden kann (vgl RGZ 142, 353 355) und ob auch dann noch der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen in Abschnitt VI Nr 5 EB gilt.

Ist ein Schadensersatzanspruch zu verneinen oder beschränkt der Beklagte seine Einwendungen auf das Verlangen einer Minderung des Kaufpreises, so wird das Berufungsgericht die erforderlichen weiteren Feststellungen für diesen Anspruch zu treffen haben.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision hängt von der Endentscheidung des Prozeßes ab und war daher dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger